

Noot

Over de uitoefening van een bewijslastclausule. Wie bewijst dat het kalf verdronken is?

1. Inleiding – Bewijslastclausules, de contractuele bedingen waarbij partijen in afwijking van de normale regeling van art. 1315 BW en 870 Ger.W. de verdeling en de omvang van de bewijslast regelen¹, zijn vrij courant in het Belgische recht. Hoewel ze vaak onmiddellijk in verband gebracht worden met de algemene voorwaarden van banken, verzekeringen en openbare nutsbedrijven, toont het geannoteerde arrest aan dat ze een breder toepassingsgebied hebben en bijvoorbeeld ook van belang kunnen zijn in een overeenkomst afgesloten in de landbouwsector.

Wat het arrest van het Hof van beroep te Gent van 28 maart 2012 in het bijzonder de moeite waard maakt om te annoteren, is dat het ingaat op de beoordeling van een op zich geoorloofde bewijsclausule die echter op een ongerechtvaardigde wijze wordt uitgeoefend. Aan die problematiek heeft de doctrine in haar bespreking van bewijsovereenkomsten en –clausules nagenoeg nog geen aandacht besteed.² Na een weergave van de feiten en de procedure, analyseren we eerst kort de geoorloofdheid van bewijslastclausules. Daarna gaan we dieper in op de uitoefening in strijd met de goede trouw van dergelijke contractuele bedingen, zoals in het geannoteerde arrest aan de orde was.

2. Feiten – Een landbouwer-veehandelaar, gespecialiseerd in zuivelproductie en –distributie, sluit in augustus 1995 een overeenkomst met een opfokker voor de verzorging en opvoeding van zijn jonge kalveren. Omwille van een aantal tekortkomingen maakt de landbouwer twee maand later al een einde aan de overeenkomst. Wanneer hij de dieren nadien komt ophalen, stelt hij vast dat vijf kalveren ontbreken. De landbouwer meent dat de opfokker de dieren heimelijk doorverkocht heeft en stelt een strafprocedure in voor misbruik van vertrouwen. De correctionele rechtbank te Dendermonde spreekt de opfokker in 1998 echter vrij voor misbruik van vertrouwen, omdat de rechtbank het niet bewezen acht dat hij de dieren heeft vervreemd.

3. Procedure - Ongeveer gelijktijdig met de strafprocedure ontstaat er ook een discussie over de burgerrechtelijke gevolgen van de beëindiging van de overeenkomst. Wat betreft de vijf verloren kalveren, oordeelt de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde dat de landbouwer recht heeft op vergoeding van de waarde van de dieren, aangezien de opfokker niet aantoont dat hij in de onmogelijkheid tot teruggave verkeerde. In hoger beroep betwist de opfokker echter zijn

¹ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 66, nr. 56.

² G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 493-529, O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 107-137, S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 435-458 en A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118-124; Anders in I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 250-251, nr. 94-95.

aansprakelijkheid, aangezien de dieren overleden zouden zijn en niet bewezen is dat hun overlijden aan zijn nalatigheid te wijten is. Hij verwijst daarvoor naar de bewijslastclausule in art. 3 van de overeenkomst: “*de melkveehouder draagt als eigenaar het risico van sterfte, ziekte en tegenvallers, tenzij hij kan bewijzen dat er sprake is van nalatigheid van de opfokker*”.

Het Hof van beroep te Gent overweegt dat overeenkomstig de bewijslastclausule de landbouwer *in principe* zou moeten bewijzen dat de dieren gestorven zijn door de nalatigheid van de opfokker. Niettemin heeft de opfokker dat bewijs door zijn handelswijze onmogelijk gemaakt, aangezien hij de landbouwer in het ongewisse heeft gelaten over de dood van de dieren, zodat die laatste geen vaststellingen meer kon doen over hun exacte doodsoorzaak. Volgens het Hof is het dan ook kennelijk onredelijk en derhalve strijdig met de goede trouw zich te beroepen op de bewijslast van de landbouwer. Indien het bewijs door verzuim onmogelijk wordt gemaakt, draagt de verzuimende partij het bewijsrisico, ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt.³ *In casu* draagt de opfokker dus het risico dat de oorzaak van het overlijden van de dieren niet bewezen wordt.

In die omstandigheden moet er volgens het Hof toepassing worden gemaakt van de algemene regel dat degene die gehouden is tot een teruggaveverbintenis, daarvan enkel bevrijd is indien hij aantoont dat de teruggave buiten zijn schuld onmogelijk is geworden. Aangezien de opfokker daarvan niet het bewijs levert, dient zijn aansprakelijkheid voor het overlijden van de dieren te worden weerhouden en is hij schadevergoeding aan de landbouwer verschuldigd.

4. Bewijslastclausules zijn in principe geoorloofd – Aangezien art. 1315 BW en 870 Ger.W. niet van dwingend recht of openbare orde zijn, kunnen partijen in onderlinge overeenstemming afwijken van de wettelijke regels inzake de subjectieve bewijslastverdeling en het bewijsrisico.⁴ Dat kunnen ze in de eerste plaats rechtstreeks doen door uitdrukkelijk overeen te komen welke partij iets moet bewijzen⁵, zoals in de voorliggende casus het geval is. Daarnaast is het ook mogelijk dat partijen onrechtstreeks de bewijslast verschuiven door het stipuleren van feitelijke vermoedens⁶ of het wijzigen

³ Daarbij verwijst het Hof uitdrukkelijk naar M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 523, nr. 130.

⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 467, nr. 167; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 577, nr. 1063; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 538, nr. 1321; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 371; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 75, nr. 10 en 118, nr. 29; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42, nr. 14; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 166, nr. 223; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 70, nr. 61 en P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2362, nr.1651.

⁵ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 225, nr. 51 en A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 119, nr. 2.

⁶ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451, nr. 28 en A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118, nr. 2.

van de aard van de verbintenis (resultaats- dan wel middelenverbintenis).⁷ Toch is de contractuele vrijheid van de partijen niet onbegrensd en zal de rechter controle kunnen uitoefenen op de geoorloofdheid van de bewijslastovereenkomsten. Eerst en vooral zal hij kunnen nagaan of de conventionele afwijkingen wel in overeenstemming zijn met de materieelrechtelijke regels van dwingend recht of openbare orde. In dat verband springt voornamelijk art. 74, 21° van de Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC) in het oog, dat bepaalt dat bedingen die de consument “*een bewijslast opleggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust*” in elk geval onrechtmatig zijn⁸, maar ook bepaalde clausules in verzekeringscontracten kunnen als ongeoorloofd worden beschouwd wegens strijdigheid met art. 8, lid 2 en 11 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst.⁹

Daarnaast mogen bewijslastclausules ook niet ingaan tegen de fundamentele principes van het burgerlijk procesrecht, zoals het recht op een eerlijk proces, het recht op toegang tot de rechter en de verplichting van de rechter om te oordelen op grond van regelmatig voorgebrachte bewijzen.¹⁰ In dat verband dient te worden opgemerkt dat een beding dat de bewijslevering van een partij aanzienlijk bemoeilijkt, geldig is zolang het bewijs niet volledig onmogelijk wordt gemaakt.¹¹ Het EHRM oordeelt immers dat het niet strijdig is met het recht op een eerlijk proces om een partij met een moeilijke bewijslast te confronteren.¹² De kwestieuze bewijslastclausule uit het arrest van 28 maart 2012 kan dan ook niet op die grondslag worden aangevochten. Het aantonen van de nalatigheden van de opfokker was weliswaar geen eenvoudige opdracht voor de landbouwer (hij had immers geen enkele controle of toezicht meer over de dieren), maar de contractuele afspraak maakte het bewijs niet geheel onmogelijk.

5. Uitoefening in strijd met goede trouw – In het geannoteerde arrest steunt het Hof van beroep te Gent zich op de handelswijze van de opfokker, met name zijn verzuim om de landbouwer in te lichten over het overlijden van de dieren, om de bewijslastclausule geen uitwerking te doen krijgen. Daarbij verwijst het Hof expliciet naar de strijdigheid met de goede trouw. Die gedachte is niet volledig nieuw

⁷ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 226, nr. 53 en S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 166, nr. 223.

⁸ G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 163-164; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 118, nr. 29.1 en R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4, nr. 4.

⁹ J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre (suite)", (noot onder Cass. 13 september 2010), *JT* 2010, (738) 739, nr. 8 en I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 247-248, nr. 89.

¹⁰ G.-L. BALLON en K.-J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23-24, nr. 25 en S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 452, nr. 30-31.

¹¹ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 538, nr. 1321 en A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121, nr. 7.

¹² EHRM 11 januari 2005, *Blücher v. Tsechoslovakije*, par. 62-63.

in het contentieux van bewijsovereenkomsten. In een arrest van 22 februari 2000 oordeelde het Hof van beroep te Luik al dat het gemeen recht de wilsautonomie van de partijen volledig erkent in het domein van het bewijsrecht, behoudens wettelijke uitzonderingen en onder voorbehoud van het vereiste van uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst.¹³ Het arrest is wel uniek in de mate dat het een specifieke invulling geeft aan de uitvoering te goeder trouw van een bewijslastclausule (1) en een concrete sanctie uitwerkt voor de miskenning ervan (2).

(1) Een aantal civilisten verdedigen al langer dat de goede trouw die partijen jegens elkaar verschuldigd zijn, betekent dat ze bij de bewijslevering moeten samenwerken en daartoe onder meer de nodige vaststellingen moeten doen of laten doen.¹⁴ Daarnaast wordt ook het verband gelegd met het verbod voor een partij om een bewijsstuk achter te houden dat van belang kan zijn voor de bewijsvoering van de tegenpartij.¹⁵ Bepaalde auteurs gaan nog verder en oordelen dat er op grond van het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw zelfs buiten de contractuele sfeer een algemene verplichting bestaat tot samenwerking tussen de procespartijen aan de bewijsvoering.¹⁶ De omvang van die verplichting wordt weliswaar bepaald door de aard van de verhouding en zal dus normaalgezien groter zijn in een contractuele- dan in een buitencontractuele context.¹⁷ De werking van het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw wordt echter niet unaniem aanvaard in het burgerlijk procesrecht en bepaalde auteurs waarschuwen ervoor dat het niet mag verworden tot een vage blanco norm die rechtsonzekere situaties in het leven zou roepen.¹⁸ Dat laatste was in de onderliggende casus echter niet aan de orde, omdat het duidelijk om een contractuele situatie handelde, waarbij de tegenpartij zich manifest foutief gedragen heeft door de landbouwer in het ongewisse te laten over het overlijden van de kalveren.

(2) Het Hof van beroep te Gent spreekt zich ook duidelijk uit over de sanctionering van het handelen in strijd met de goede trouw: de opfokker draagt het risico dat de oorzaak van het overlijden van de kalveren niet bewezen wordt. Daarbij verwijst het Hof expliciet naar STORME, die meent dat indien het bewijs door verzuim onmogelijk wordt gemaakt, de verzuimende partij het bewijsrisico draagt,

¹³ Luik 22 februari 2000, *TBH* 2000, 504

¹⁴ H. BOCKEN, "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *RW* 1989-90, (1041) 1043, nr. 12; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 62, nr. 83 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 100,

¹⁵ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 216-217.

¹⁶ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 39, nr. 8; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 127, nr. 246; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 523, nr. 123; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 186, nr. 93 en 190, nr. 96 en P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, (101) 108, nr. 15

¹⁷ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 525, nr. 133.

¹⁸ E. FORRIER, "Goede trouw in geding en bewijs. Een reactie op het rapport van Prof. Dr. M.E. Storme", *TPR* 1990, (503) 505-506; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 55, nr. 13 en B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 140, nr. 133.

ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt.¹⁹ Bepaalde andere auteurs delen die mening: indien een partij een belangrijk bewijselement achterhoudt, betekent dat op zich niet dat aan de betrokken partij een bewijsplicht *sensu stricto* wordt opgelegd, maar wel dat zij het risico loopt het proces te verliezen wanneer de rechter meent dat dit bewijselement van doorslaggevend belang had kunnen zijn.²⁰

In die zin kan de bedenking gemaakt worden of het echt noodzakelijk was dat het Hof van beroep zijn overweging afsloot met: *"in die omstandigheden dient toepassing te worden gemaakt van de algemene regel dat degene die gehouden is tot een teruggaveverbintenis, daarvan enkel bevrijd is indien hij aantoont dat de teruggave buiten zijn schuld onmogelijk is geworden"*. Ten eerste kan de vraag rijzen of dat wel de algemene regel is, aangezien het gemeen recht van aanneming bepaalt dat wanneer iemand alleen zijn arbeid of diensten verstrekt en de zaak teniet gaat, hij slechts voor zijn schuld aansprakelijk is (art. 1789 BW). Ten tweede had het Hof misschien als volgt kunnen redeneren: aangezien de opfokker niet bewijst dat hij niet nalatig is geweest, draagt hij het risico en verliest hij het proces op dat punt, wat betekent dat hij schadeloosstelling voor de vijf kalveren verschuldigd is.

6. Enkel een impliciete verwijzing naar rechtsmisbruik - Naast de verwijzing naar de 'strijdigheid met de goede trouw', oordeelt het Hof van beroep te Gent ook dat het 'kennelijk onredelijk' zou zijn zich te beroepen op de bewijslast van de landbouwer. Die overweging doet denken aan het generiek criterium van rechtsmisbruik, namelijk zijn rechten uitoefenen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.²¹ De combinatie van de matigende werking van de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik is niet zo verwonderlijk. Sinds lange tijd wordt in contractuele aangelegenheden aanvaard dat het verbod op rechtsmisbruik steunt op art. 1134, lid 3 BW, volgens dewelke overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd.²² Ook de overweging dat *"in die omstandigheden toepassing dient te worden gemaakt van de algemene regel"*, waardoor de werking van de bewijslastclausule wordt uitgeschakeld, toont een nauw verband met de sanctie voor rechtsmisbruik. Een geval van rechtsmisbruik wordt immers gesanctioneerd door aan de abusievelijke handeling elk rechtsgevolg te ontnemen, wat *in concreto* zal neerkomen op het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik of in het herstel van de schade die werd veroorzaakt door het misbruik.²³

¹⁹ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 523, nr. 30.

²⁰ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 216-217.

²¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 67, nr. 90; S. STIJNS en S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht" in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY, *et al.* (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 31, nr. 41, die verwijzen naar Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31, concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.* 1972, 28, noot W.G. en *RCJB* 1976, 300, noot P. VAN OMMESLAGHE.

²² Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52, *JT* 1985, 56, noot S. DUFRENE, *Pas.* 1984, I, 55, *RCJB* 1986, 282, noot J.L. FAGNART, *RW* 1983-84, 1480, noot, *TBH* 1984, 244, noot W. RAUWS en *TSR* 1983, 486.

²³ P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus dse droit", *TBBR* 2012, (393) 396, nr. 8; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 71, nr. 94; S. STIJNS en S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht" in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY, *et al.* (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 33, nr. 44; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: Les sources", *JT* 1996, (689) 707-708; W. VAN

7. ‘Redelijkheid en billijkheid’ in Nederland - In Nederland is de controle op de uitoefening van een bewijsovereenkomst al veel verder ontwikkeld. Artikel 153 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt dat “*overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, buiten toepassing blijven, [...], zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven.*” Een van die gronden is artikel 6:248, lid 2 BW, dat bepaalt dat een overeenkomst niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Degene aan wie de bewijsovereenkomst wordt tegengeworpen, moet in rechte aannemelijk maken dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaalde onredelijke gevolgen zou leiden. Het wordt aan de rechter overgelaten om te bepalen wanneer en onder welke omstandigheden het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn zich op een bewijsovereenkomst te beroepen. De aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het concrete geval zullen daarbij concrete aanwijzingen vormen.²⁴

8. Besluit – Een Frans auteur schreef in een recente bijdrage “*Dans notre univers contractuel, la liberté a encore de beaux restes ... Les conventions sur la preuve en témoignent*”.²⁵ Op grond van de wilsautonomie moeten partijen inderdaad de vrijheid krijgen om zelf de bewijslast te regelen die tussen hen van toepassing zal zijn. Die vrijheid is echter niet onbeperkt. Ten eerste zal de rechter - zoals vele auteurs al hebben opgemerkt - een controle kunnen uitoefenen op de geoorloofdheid van dergelijke clausules. Ten tweede – en dat is de grote waarde van het arrest van 28 maart 2012 – moet de uitoefening van dergelijke contractuele bedingen te goeder trouw gebeuren. In de onderliggende casus was dat heel duidelijk niet het geval. Door het bewijsrisico te leggen op de partij die door zijn verzuim de bewijslevering van zijn medecontractant onmogelijk heeft gemaakt, lijkt het Hof van beroep te Gent dan ook de juiste beslissing te hebben gemaakt.

Wannes VANDENBUSSCHE

Aspirant FWO-Vlaanderen KU Leuven, Instituut voor Verbintenissenrecht

GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 102 en P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 140, nr. 116

²⁴ A.I.M. VAN MIERLOO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK, *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 399.

²⁵ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 18.